



## CLAUSOLE GENERALI E DIRITTO PENALE(\*)

di Donato Castronuovo

SOMMARIO: 1. Tranelli del linguaggio. – 2. Vaghezza della vaghezza. – 3. Promesse non mantenute. – 4. Fenomenologie del passato: macro-clausole... totalitarie. – 5. Fenomenologie contemporanee. – 6. Il custode del “nullum crimen” (ovvero: a patti con la realtà).

### 1. Tranelli del linguaggio.

Il modo probabilmente più corretto per impostare il problema delle clausole generali *nel contesto del diritto penale* consiste nel ricondurlo alla sua dimensione costituzionalistica, ossia al loro rapporto con i principi della Legge fondamentale.

Invero, la definizione di “clausola generale” rimane per larghi tratti oscura, già sul piano semantico, anche nelle riflessioni della dottrina privatistica o in quelle di teoria generale del diritto, ossia in quei contesti in cui la tematica risulta più frequentata e in cui ha ricevuto approfondimenti notevoli<sup>1</sup>.

---

\* Testo, largamente rielaborato e con l'aggiunta delle note, della relazione svolta presso la Scuola di dottorato in Scienze giuridiche dell'Università di Modena e Reggio Emilia (Modena, 31 marzo 2010). Il presente contributo è destinato agli *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*: si ringraziano i curatori per aver acconsentito alla pubblicazione in *Diritto penale contemporaneo*.

<sup>1</sup> A titolo esemplificativo degli approfondimenti svolti in contesti teorici comunque esterni al diritto penale: HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen 1933; ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken* (4<sup>a</sup> Aufl., Stuttgart 1968), trad. it.: *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano 1970, 165-213; TEUBNER, *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, Frankfurt a.M. 1971; NATOLI, *Clausole generali e principi fondamentali davanti alla Corte di cassazione*, in *Scritti in memoria di Domenico Barillaro*, Milano 1982, 343 ss.; ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli 1983; DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 539 ss.; PERELMAN, VANDER ELST, cur., *Les notions a contenu variable en droit*, Bruxelles 1984; CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 21 ss.; MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 5 ss.; FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 1 ss.; RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 709 ss.; BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, 631 ss.; GUARNERI, *Clausole generali*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, II, 1988, 403 ss.; PIZZORUSSO, *Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi*, in *Pol. Dir.*, 1988, 655 ss.; RESCIGNO, *Appunti sulle “clausole generali”*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, 1 ss.; TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in COMANDUCCI, GUASTINI, cur., *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino 1989, 311 ss.; LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano 1990; FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di interpretazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999, 83 ss.; LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano 1999; ALPA, *Le formule aperte*, in *Id.*, cur., *I precedenti. La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, I, Torino 2000, 103 ss.; FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino 2003; BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino 2006; BRECCIA, *Clausole generali e ruolo*

Tuttavia, limitandosi, in via di prima approssimazione, all'individuazione dei loro caratteri più evidenti, sembra esservi un certo consenso attorno al fatto che le clausole generali finiscano per introdurre nel discorso giuridico, in maniera più o meno inevitabile, un peculiare coefficiente di *vaghezza* o *indeterminatezza*, quantitativamente maggiore e qualitativamente diverso da quello implicito in ogni enunciato normativo<sup>2</sup>.

Se così è, sembra comunque trattarsi di un problema di linguaggio giuridico e di tecnica legislativa, quindi di interpretazione e applicazione del diritto penale: un fascio di questioni, come si può osservare, da ricondurre, nel nostro universo di discorso, anzitutto alla attuazione "reale" del principio di legalità, con particolare riferimento al canone di sufficiente determinatezza o di tassatività; ma altresì, in secondo luogo e in maniera collegata, all'attuazione del carattere della frammentarietà del diritto penale, nonché dei principi di uguaglianza, di proporzione, di *ultima ratio* e, infine, di personalità<sup>3</sup>. Tutto ciò in considerazione, come ancora vedremo, della tendenziale perdita di "selettività" – quale contrassegno funzionale del *Tatbestand* – che la categoria delle clausole generali è in grado di provocare nei confronti della fattispecie penale.

Partendo comunque dall'aspetto fondamentale riguardante il *nullum crimen sine lege certa et stricta*, e rievocando le funzioni solitamente assegnate al principio di

---

del giudice, in *Lav. dir.*, 2007, 443 ss.; D'AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza*, in *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, I, Napoli 2007, 429 ss.; PATTI, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in *Riv. not.*, 2010, 303 ss.; VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano 2010; DENOZZA, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 379 ss.; LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 345 ss.; RESCIGNO, cur., *Le clausole generali nel diritto privato*, in *Giur. it.*, 2011, 1689 ss.; FABIANI, voce *Clausola generale*, in *Enc. Dir. - Annali V*, Milano 2012, 183 ss.; PEDRINI, *Clausole generali e Costituzione: osservazioni introduttive*, in *Quad. cost.*, 2/2012, 285 ss.

<sup>2</sup> Sulla indeterminatezza quale caratteristica di tutte le norme giuridiche, sebbene in grado diverso, cfr.: HART, *The Concept of Law*, 1961, trad. it.: *Il concetto di diritto*, nuova ed., Torino, 2002, 146 ss.; Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1960, trad. it.: *La dottrina pura del diritto*, Torino 1966, 120. Sulla differenza non solo quantitativa, bensì anche qualitativa delle clausole generali rispetto ad altri fenomeni di indeterminatezza o vaghezza normativa, si vedano, da ultimo, VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., 29 ss., 39 ss.; FABIANI, voce *Clausola generale*, cit., 187. Che l'effetto delle clausole generali – per via della "delega" al legislatore mediante quella sorta di *biancosegno*, bisognoso di integrazione valutativa, in cui le stese consisterebbero – sia apprezzabile in termini di una «discrezionalità comunque diversa e maggiore di quella ordinaria», che riguarda tutti i sintagmi e gli enunciati normativi, è espresso con efficacia da GENTILI, *Prefazione a: VELLUZZI, Le clausole generali*, cit., XVII, là dove, riprendendo la consueta immagine della "zona chiara" e della "zona grigia" degli enunciati normativi, l'A. conclude: «gli indeterminati sintagmi con cui i legislatori formulano clausole generali mancano per definizione [della] zona chiara. [...] Sicché l'interprete della clausola generale naviga senza bussola in un mare aperto a molte rotte».

<sup>3</sup> Sui rapporti di "tensione" tra clausole generali e principi costituzionali, con riferimento alle forme di manifestazione del reato che producono un'estensione dell'incriminazione (art. 40, comma 2, art. 56, art. 110 c.p.), si rinvia alla ricostruzione di RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano 2001, 41 ss.

determinatezza/tassatività come categoria di derivazione illuministica, l'utilizzo da parte del legislatore penale di clausole generali sembra poter coinvolgere<sup>4</sup>:

i) i rapporti tra poteri dello Stato (principalmente, il legislatore e il giudice);

ii) i rapporti tra cittadino e autorità (in particolare, con riferimento alle garanzie compendiate dall'esigenza di "certezza del diritto")<sup>5</sup>.

Pertanto, poiché, in fondo, le clausole generali consistono in un *rinvio all'interprete* – al quale è "delegato" il compito di una loro *disambiguazione* in funzione di parametri variabili – esse sono in grado di incidere non soltanto sugli equilibri interni e sulle dinamiche della *separazione dei poteri* dello Stato, bensì anche e in definitiva sugli aspetti *comunicativi, cognitivi o relazionali* della dialettica cittadino/autorità, almeno per quei tratti che si esprimono mediante la posizione di norme giuridiche, tanto più se provviste di sanzioni penali.

Parafrasando uno dei padri della logica moderna, Gottlob Frege, le clausole generali, in quanto *formulazioni linguistiche ellittiche e bisognose di concretizzazione*, in funzione della loro vaghezza sembrano assimilabili a quei «*tranelli che il linguaggio* – in questo caso il linguaggio giuridico – *dissemina sulla strada del pensiero*», e che il giurista (come il logico) avrebbe il compito di «*mettere a nudo*»<sup>6</sup>.

Tranelli, tuttavia, difficili da svelare, poiché, come anticipato, le prime difficoltà sorgono già al *momento definitorio*.

Il riferimento va a quel filone della logica e poi della filosofia analitica che, almeno a partire dalla critica ai limiti del *linguaggio naturale* operata da Frege, auspica la costruzione di un *linguaggio formale*, privo di *elementi intuitivi* e adeguato alle esigenze di rigore proprie del discorso matematico. Ricondotto nella prospettiva del linguaggio giuridico, il parallelo (lungi dal voler riproporre concezioni rigidamente – ma anche ingenuamente – "meccaniche" dell'applicazione del diritto)<sup>7</sup>, si limita, qui, all'osservazione della possibilità che le clausole generali siano elementi che, introducendo non poche volte elementi "intuitivi" o "soggettivi" (quindi, in questo senso "valutativi"), possano rappresentare un "tranello" nell'attività ricostruttiva dell'interprete, a causa della loro più o meno accentuata vaghezza.

---

<sup>4</sup> Come si legge in una delle opere monografiche più notevoli sul linguaggio giuridico, «[i]n ogni settore del diritto la vaghezza delle norme solleva problemi specifici, ignoti negli altri settori»: LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., 369.

<sup>5</sup> Cfr., ma con riferimento più generale alla determinatezza/tassatività, MOCCIA *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, 17 ss.

<sup>6</sup> La frase è riportata, per es., in COPI, COHEN, *Introduction to the Logic*, trad. it.: *Introduzione alla logica*, 3<sup>a</sup> ed., Bologna 2008, 98.

<sup>7</sup> Sulle quali cfr., per es., FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1996, 99 ss.; nonché POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law*, 2<sup>a</sup> ed., New Haven 1954, trad. it.: *Introduzione alla filosofia del diritto*, Firenze 1963, 75 ss., in part. 81; DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 2011, 80 ss. Più in generale, sui profili teorici dell'interpretazione in diritto penale, DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano 2006, *passim*.

## 2. Vaghezza della vaghezza.

Se il carattere di “flessibilità” (e, per il legislatore, di *intenzionale indeterminazione*) solitamente assegnato alle clausole generali è capace di produrre una peculiare “vaghezza normativa”, i problemi di definizione del concetto presentano una sorta di *meta-vaghezza*, o vaghezza della vaghezza, poiché, a mostrarsi malcerti sono già i contorni della categoria deputata a produrre elasticità di giudizio<sup>8</sup>.

Gli esempi e l’approfondimento concettuale della categoria sono più facilmente riconoscibili nel diritto civile, dove sono affatto tradizionali, tra le altre, le clausole di *correttezza, buona fede, equità, diligenza del buon padre di famiglia, normale diligenza, diligenza ordinaria, colpa grave, ingiustizia del danno, ordine pubblico, buon costume, normale tollerabilità, a regola d’arte, gravi motivi, giusta causa*, etc.<sup>9</sup>.

Nondimeno, la presenza di clausole generali non è estranea al diritto penale positivo, né, la loro tematizzazione, al *logos* della scienza giuridico-penale<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Sull’ambiguità del termine “clausole generali” (o di altri analoghi, come quello di “legal standard”), cfr., per tutti, LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., 302-309, che preferisce parlare di “ipotesi di vaghezza socialmente tipica o da rinvio”.

<sup>9</sup> Un catalogo di espressioni giuridiche vaghe, ricchissimo e trasversale alle discipline giuridiche, in LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., 299-302.

<sup>10</sup> Sulla categoria delle “clausole generali” in diritto penale, e sulle problematiche collegate all’impiego di elementi “ambigui” o “vaghi” (scontando una certa variabilità terminologica e senza pretesa di completezza), si rinvia, per la letteratura di lingua tedesca, ai contributi di: CLASS, *Generalklauseln im Strafrecht*, in FS E. Schmidt, Göttingen 1961, 122 ss.; LENCKNER, *Wertauffüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz “nullum crimen sine lege”*, in JuS, 1968, 249 ss.; NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Tübingen 1973, *passim*; SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, Berlin, New York 1978, 6 ss.; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, 5<sup>a</sup> ed., Berlin 1996, 129 s.; HASSEMER, KARGL, § 1, in, *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2<sup>a</sup> ed., Baden-Baden 2005, n.m. 17 ss.; ESER, § 1, in SCHÖNKE, SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27<sup>a</sup> ed., München 2007, n.m. 18 ss.; ROXIN, *Strafrecht. AT*, I, 4<sup>a</sup> ed., München 2006, 172 ss.; TIEDEMANN, *Clausole generali nel diritto penale dell’economia – sull’esempio della slealtà nel diritto penale della concorrenza*, in RTDPE, 2011, 1 ss. Da noi, BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, I, *Nozione e aspetti costituzionali*, Milano 1965, 33 ss., 157 ss. (che si esprime soprattutto in termini di “concetti giuridici indeterminati”, ovvero *unbestimmte Rechtsbegriffe*); PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova 1979, 421 ss. (“elementi valutativi”); CONTENTO, *Clausole generali e regole di interpretazione come “principi di codificazione”*, in *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova 1995, 109 ss.; MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 3<sup>a</sup> ed., Milano 2001, 123 ss.; DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino 2004, 225 ss.; RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano 2004, 82 ss.; PULITANÒ, *Diritto penale*, 4<sup>a</sup> ed., Torino 2011, 154 ss. (“concetti normativi culturali”), 157 e 337 s. (“clausole generali di rinvio al sapere tecnico e scientifico”). In ambiti più specifici, in relazione alle “clausole generali di incriminazione suppletiva” degli artt. 40 cpv., 56 e 110 c.p., si veda RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., *passim*; un’attenta riconsiderazione delle clausole generali come tendenza della moderna legislazione, in relazione all’art. 113 c.p. (cooperazione colposa) e con riferimenti a Luhmann, Teubner e al costruttivismo, si rinviene in CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino 2004, 544-550; in relazione alla colpa, quale macro-elemento normativo e clausola generale delle fattispecie colpose, descritte quali “fattispecie aperte”, si permetta di rinviare a CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano 2009, 162 ss., 215 ss., 279 ss.; ID., *L’evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, RIDPP, 2011, 1616 ss.

Nel discorso penalistico, la categoria non è sempre utilizzata; e, comunque, come accade del resto anche negli altri contesti della scienza giuridica, non è utilizzata in maniera terminologicamente univoca<sup>11</sup>.

Quando la si utilizza, o quando si impiegano espressioni analoghe, si fa solitamente riferimento ad esse per indicare un *problema di tecnica normativa* (oltre che di *politica del diritto*<sup>12</sup>): spesso richiamandosi alla distinzione tra “clausole generali”, come espressione del metodo di normazione sintetica, e “norme casistiche”, come espressione, viceversa, del metodo di normazione descrittivo-analitica (*kasuistische Gesetzgebung*)<sup>13</sup>; e ravvisando nelle formule proprie delle clausole generali (o di fenomeni analoghi) una «esigenza di più ampia mediazione del giudice per la loro applicazione»<sup>14</sup>; ed eventualmente, in funzione della loro indeterminatezza, un pericolo per la certezza del diritto («eine Gefahr für die Rechtssicherheit»)<sup>15</sup>.

Anche la collocazione delle clausole generali è ritenuta non indifferente, assegnandosi «una valenza tutt'affatto diversa, a seconda che siano utilizzate nella “parte generale” oppure nella “parte speciale” del codice penale»: in questa seconda ipotesi, infatti, che esse «rivelano tutta la loro potenziale pericolosità in relazione alla loro assai difficile compatibilità con i principi di stretta legalità e di determinatezza dell'illecito penale»<sup>16</sup>. Distinzioni del genere si rinvencono in maniera ancora più netta nella dottrina tedesca, quando si ricorda che le clausole generali «trovano un campo penalistico di applicazione, già in partenza ancor più vasto, nella *parte generale* del diritto penale, che secondo una diffusa concezione non è vincolata, o non lo è del tutto, al principio di legalità ed in ogni caso non al principio di determinatezza»<sup>17</sup>.

---

<sup>11</sup> Comunque, sull'oscurità e variabilità del lessico anche sul versante civilistico o della teoria del diritto – oltre alle osservazioni e ai riferimenti di LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., 302 ss., il quale lamenta come la maggioranza degli autori resti prigioniera di questa ambiguità (305, nt. 3) – v., per es., di recente: VELLUZZI, *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, (1), 2006, 2 ss. (consultabile in [http://www.units.it/etica/2006\\_1/VELLUZZI.htm](http://www.units.it/etica/2006_1/VELLUZZI.htm)); ID., *Le clausole generali*, cit., 1 ss.; FABIANI, voce *Clausola generale*, cit., 187 ss.

<sup>12</sup> Sulla rilevanza anche in termini di “politica legislativa”, cfr., per es.: PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano 1976, 224 ss., in part. 226 (ma con riferimento, dal punto di vista terminologico, agli “elementi normativi” della fattispecie penale); PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 353 ss. (con riferimento agli “elementi valutativi”: «Per quanto riguarda le ragioni, non solo di tecnica ma [...] anche di politica legislativa, per le quali il legislatore talvolta fa ricorso agli elementi valutativi, esse sono solitamente individuate nella duplice esigenza di semplificazione della legislazione e del suo costante adeguamento alla realtà»). Su questo aspetto, con specifico riferimento terminologico alle clausole generali, sul piano della filosofia del diritto, si veda, sin dal sottotitolo, VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit., *passim*.

<sup>13</sup> Su tale carattere distintivo insisteva, per es., ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., 192 s. Cfr., inoltre, MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 123 ss.; DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 226 ss. (che si riferisce, come altri autori, a una tripartizione delle tecniche di normazione: “per clausole generali”, “casistica” e “sintetica”).

<sup>14</sup> In quest'ultimo senso, per le fattispecie contrassegnate da “elementi valutativi”, PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 421.

<sup>15</sup> Così, per es., JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, cit., 129.

<sup>16</sup> CONTENTO, *Clausole generali*, cit., 110.

<sup>17</sup> TIEDEMANN, *Clausole generali nel diritto penale dell'economia*, cit., 2 s. (con riferimenti).



Tuttavia, in diritto penale, non sempre si procede a distinzioni semantiche precise rispetto a fenomeni e a termini analoghi: *norme elastiche* (o *concetti elastici*), *fattispecie aperte* (“*offene Tatbestände*”), *standard normativi* (“*legal standards*”), *concetti giuridici indeterminati* (“*unbestimmte Rechtsbegriffe*”), *disposizioni bisognose di integrazione normativa* (“*wertausfüllungsbedürftige Begriffe*”), *norme in bianco* (o anche “*Blankettbegriffe*”), *elementi valutativi* (o *normativi*) *indeterminati*, *organi respiratori*, *concetti-valvola* o “*Ventilbegriffe*”, ecc. Né si distinguono sempre le clausole generali dalle varie ipotesi di (maggiore) *discrezionalità del giudice* (“*Ermessen des Richters*”): in particolare, nel contesto della c.d. commisurazione della pena in senso ampio<sup>18</sup>.

Così, nel discorso penalistico, possono essere indicate come “clausole generali” – oppure no, a seconda delle diverse opzioni classificatorie – le nozioni più disperate, ma accumulate dal carattere di una variabile vaghezza, riconoscendone talora l’opportunità o la necessità per ragioni di tecnica normativa; lamentandone, talaltra, l’eccessiva imprecisione, indeterminatezza, generalità o genericità, essendo rimessa la loro definizione alle “scelte” più o meno (in)controllabili dell’interprete.

i) Con riferimento a disposizioni o a istituti di “parte generale”, si pensi soltanto, in via esemplificativa, alle nozioni di *imputabilità* (in relazione alla capacità di intendere e di volere: art. 85); *capacità a delinquere* (art. 133); *pericolosità sociale* (artt. 202-3); *abitudine, professionalità e tendenza a delinquere* (artt. 102-109)<sup>19</sup>; *colpa* (in relazione alla violazione della diligenza, prudenza o perizia); *caso fortuito e forza maggiore* (art. 45); *offesa ingiusta e difesa proporzionata* (art. 52); nonché alla formulazione di varie circostanze del reato “comuni” (artt. 61-62-bis): *attenuanti generiche*, *motivi abietti o futili*, *motivi di particolare valore morale o sociale*, aver agito con *crudeltà* verso le persone, aver profittato di *circostanze di tempo, luogo o persona* tali da ostacolare la pubblica o privata difesa, stato d’ira determinato dal *fatto ingiusto altrui*, danno patrimoniale di *rilevante gravità*, danno di *speciale tenuità*. Si pensi, inoltre, alle “norme estensive della punibilità” riguardanti le forme di manifestazione del reato riconducibili al *concorso di persone* (art. 110), al *tentativo* (art. 56) e al *reato omissivo improprio* (art. 40, comma 2, c.p.).

ii) Con riferimento a disposizioni di “parte speciale” o del diritto penale complementare, vengono in rilievo, ancora in via di mera esemplificazione, la nozione di *osceno* e, di rimando, quella di *comune sentimento del pudore*<sup>20</sup>; quella – limitrofa – di *pubblica decenza*<sup>21</sup>; nonché le nozioni di *pubblico scandalo*<sup>22</sup>; *morale familiare*<sup>23</sup>; *comune*

<sup>18</sup> Sulla discrezionalità è d’obbligo il riferimento, in sede monografica, a BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit. Si vedano, inoltre, STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi urbinati*, 1976-77, 275 ss.; DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova 1979; ID., *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in MARINUCCI, DOLCINI, cur., *Diritto penale in trasformazione*, Milano 1985, 61 ss. Da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra “tipicità classificatoria” e “tipologia ordinale”*, Padova 2009.

<sup>19</sup> Invece, sulla *proclività a delinquere*, quale presupposto delle misure di prevenzione *ante delictum*, si veda Corte cost. n. 177 del 1980, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 1, n. 3, legge n. 1423/1956.

<sup>20</sup> Art. 529 in relazione agli artt. 527 (atti osceni) e 528 (pubblicazioni e spettacoli osceni) c.p.

<sup>21</sup> Art. 725 c.p.: commercio di scritti, disegni od oggetti contrari alla pubblica decenza; art. 726 c.p.: atti contrari alla stessa.

*sentimento della morale e ordine familiare*<sup>24</sup>; *ordine pubblico*<sup>25</sup>; *pubblico timore*<sup>26</sup>. Ma si pensi pure a quel famigerato esempio di “normazione sintetica” che si ritrova nell’art. 650 c.p. (inosservanza dei provvedimenti dell’autorità legalmente dati per ragioni di *giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico o igiene*). E, in qualche misura, anche alle nozioni di *disastro innominato*<sup>27</sup>; *maltrattamenti in famiglia*<sup>28</sup>; *vilipendio*<sup>29</sup>; manifestazioni e attività *sediziose*<sup>30</sup>; *abbandonarsi ad eccessi*<sup>31</sup>; *senza giusta causa*<sup>32</sup>; *senza giusto motivo*<sup>33</sup>; *trattenimento nel territorio dello Stato senza giustificato motivo*<sup>34</sup>; *straniero destinatario di un provvedimento di espulsione che non si adoperi per ottenere il rilascio del documento di viaggio*<sup>35</sup>; frode fiscale per *alterazione in misura rilevante del risultato della dichiarazione*<sup>36</sup>; *sensibile alterazione del prezzo* (di strumenti finanziari)<sup>37</sup>. Si pensi, inoltre, alla nozione di *pericolo* quale elemento espresso di numerose fattispecie incriminatrici; ma anche – tra le categorie “emergenti” – a quelle di *rischio* e di *sicurezza*, quando queste locuzioni siano richiamate da disposizioni incriminatrici: per esempio, allorché si faccia riferimento alla *riduzione al minimo del rischio*, alla *massima sicurezza*

---

<sup>22</sup> Come condizione obiettiva di punibilità o, comunque, prescindendo qui da ogni precisazione classificatoria, come elemento richiesto dall’art. 564 c.p., intitolato al delitto di incesto.

<sup>23</sup> Art. 565 c.p.: attentati alla morale familiare commessi col mezzo della stampa.

<sup>24</sup> Art. 15 l. n. 47 del 1958 (legge sulla stampa), che si riferisce, peraltro, introducendo ulteriori elementi “vagli”, a «stampati i quali descrivano o illustrino con *particolari impressionanti o raccapriccianti, avvenimenti*», reali o immaginari, «in modo tale da poter turbare il comune sentimento della morale e l’ordine familiare». Per l’infondatezza della questione di illegittimità della disposizione si vedano: Corte cost., n. 293 del 2000; Corte cost., ord. n. 92/2002.

<sup>25</sup> Il riferimento va al bene giuridico tutelato dal Titolo V del codice penale, del quale, secondo le correnti sintesi manualistiche, esistono svariate versioni: frequente la distinzione tra ordine pubblico ideale e materiale, e la loro “rilettura” costituzionale (cfr., per tutti, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*. PS, I, 4. ed., rist. agg., Bologna 2008, 461 ss.).

<sup>26</sup> Cfr. l’art. 421 c.p., che prevede il delitto di pubblica intimidazione.

<sup>27</sup> Secondo la costante interpretazione dell’art. 434 c.p. (crollo di costruzioni e *altri* disastri), sulla cui legittimità si veda Corte cost. n. 327/2008.

<sup>28</sup> Art. 572 c.p.

<sup>29</sup> Art. 290 c.p.: vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle Forze armate; art. 291 c.p.: vilipendio alla *nazione* italiana.

<sup>30</sup> Incriminazioni depenalizzate nel c.p., ma ancora presenti nel c.p.m.p.: il riferimento va agli artt. 182 e 183, ritenuti costituzionalmente legittimi da Corte cost. n. 519 del 2000.

<sup>31</sup> Una delle modalità di realizzazione del reato di rivolta (art. 174, comma 1, n. 3, c.p.m.p.), sulla cui legittimità v. Corte cost. n. 31 del 1995.

<sup>32</sup> Cfr., per es., la formula contenuta in varie fattispecie di delitto contro l’inviolabilità dei segreti (artt. 616, 618-622 c.p.).

<sup>33</sup> Rifiuto di prestare la propria opera in occasione di un tumulto (art. 652 c.p.); inosservanza dell’obbligo dell’istruzione elementare ai minori (art. 731 c.p.).

<sup>34</sup> Art. 14, comma 5-ter, d.lgs. n. 286/1998 – t.u. dell’immigrazione (per l’infondatezza della questione di legittimità costituzionale, v. Corte cost. n. 5 del 2004).

<sup>35</sup> Art. 7-bis, comma 1, l. n. 39/1990, dichiarato illegittimo da Corte cost., n. 34 del 1995.

<sup>36</sup> Art. 4, n. 7, della previgente legge n. 516/1982 (sulla cui costituzionalità v. Corte cost. n. 247 del 1989).

<sup>37</sup> Delitto di manipolazione del mercato (art. 185 d.lgs. n. 58/1998 – t.u. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria).

*tecnologicamente disponibile*, etc.<sup>38</sup>; o, ancora, alla lamentata indeterminatezza della nozione di *principio di precauzione*, al quale pure sono “ispirate” discipline (e fattispecie) sanzionate penalmente in tema di tutela dell’ambiente e della salute<sup>39</sup>.

Insomma, se nel contesto privatistico, dove la categoria delle clausole generali è nata ed è stata maggiormente sviluppata dal punto di vista speculativo, è già difficoltoso dal punto di vista concettuale riconoscerne i contorni con nettezza, nel discorso penalistico è riscontrabile un’ambiguità terminologica accresciuta.

Questa maggiore ambiguità definitoria – che forse è, almeno in parte, persino giustificata – può dipendere da fattori diversi.

Così, si può immaginare che ragioni *euristiche* e, insieme, *pragmatiche* più o meno fondate possano far ritenere che i menzionati fenomeni *analoghi* a quello delle clausole generali<sup>40</sup> (ammesso che sia possibile definire un dominio semantico abbastanza preciso ed esclusivo della locuzione in sede di teoria generale del diritto) producano in definitiva problemi *analoghi*: notevole generalità accompagnata da un coefficiente maggiore di vaghezza, con conseguente ampiezza della c.d. “zona grigia”... Problemi che, in diritto penale, sono pur sempre riconducibili, come detto, alla realizzazione concreta del canone della sufficiente determinatezza (o di altri principi costituzionali a questo connessi).

O, ancora, si può pensare che, probabilmente, un carattere per riconoscere le clausole generali, almeno nel discorso penalistico, sia ravvisabile nella loro struttura di *frammenti di disposizioni* a mezzo dei quali si opera un *rinvio normativo metagiuridico a carattere aperto e dinamico*: un rimando, da parte di una disposizione legale, a regole di giudizio inesprese, che non sono astrattamente prestabilite dal legislatore, ma dovranno essere definite, mediante una *valutazione-concretizzazione* del giudice, in base a variabili criteri “normativi” metagiuridici (valutativi, quantitativi, etici, sociali, culturali, economici, scientifici, di specificazione tecnica, tecnologici...), talora propri del momento storico di applicazione della disposizione o che, comunque, consentono un *adeguamento dinamico* al caso concreto<sup>41</sup>. Benché la tipologia delle diverse clausole

---

<sup>38</sup> In materia di sicurezza del lavoro, il riferimento va ora al d.lgs. n. 81/2008, in part. all’art. 15, lett. c). In tema, con riferimento al previgente art. 41 del d.lgs. n. 277/1991 (in tema di rischi da rumore), Corte cost. n. 312 del 1996.

<sup>39</sup> Si consenta di rinviare, anche per i necessari riferimenti, a CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell’incertezza nella struttura del reato*, Roma 2012.

<sup>40</sup> Come si diceva poco sopra, si può registrare un certo grado di sovrapposizione concettuale tra clausole generali e, per esempio, concetti normativi elastici o indeterminati, elementi valutativi, fattispecie aperte, standard normativi, norme in bianco, etc.

<sup>41</sup> Tra le clausole che rinviavano a una valutazione mutevole in base al momento storico, si pensi agli «elementi normativi di valutazione culturale»: concetti normativi come *osceno*, *pubblica decenza*, *pubblico scandalo*, *morale comune*, etc., il cui substrato valoriale è “storicamente”, “sociologicamente” e “culturalmente” dinamico, in quanto mutevole secondo le epoche e i contesti di riferimento. Oppure ai concetti normativi “epistemologicamente” o “tecnologicamente” dinamici, come quelli di *rischio* (da ridurre al minimo), *sicurezza* (tecnologicamente esigibile), *perizia* (riferibile al rispetto di norme tecniche o di protocolli cautelari) o (principio di) *precauzione* (in presenza di un’incompletezza del quadro di evidenze), poiché il loro contenuto dipende dalle conoscenze acquisite in base al progresso scientifico, tecnico, tecnologico, etc. Sulla distinzione tra clausole generali («elementi normativi») «di valutazione



possa produrre esiti differenziati sulle modalità ermeneutiche di “chiusura” della fattispecie (reperire il significato di “osceno”, “riduzione al minimo del rischio”, “imperizia” o “sensibile alterazione del prezzo” richiede operazioni di “concretizzazione” certamente eterogenee), pur sempre analoghi si rivelano gli effetti sul coefficiente di determinatezza.

Un ulteriore carattere di identificazione della categoria in esame, riguardante alcune peculiari tipologie di clausole generali, si apprezza, poi, in quelle formule normative, ancora una volta contrassegnate da (o produttive di) apertura e vaghezza, mediante le quali si produce *un'estensione della sfera di punibilità* in relazione a talune forme di manifestazione del reato (concorso di persone, tentativo, reato omissivo improprio)<sup>42</sup>. Anche in questa seconda costellazione di casi, effetti rimarchevoli si riversano sul piano del coefficiente di determinatezza dei criteri estensivi dell'incriminazione.

In definitiva, questi caratteri di vaghezza, apertura, flessibilità sono comuni a varie categorie prossime a (e talora coincidenti con) quella qui presa in esame. Il che, probabilmente, consente di prescindere da impegnative e difficoltose operazioni definitorie – improntate a una forse inesigibile tassonomia classificatoria – tra vere e proprie clausole generali e “altre”(analoghe) ipotesi di vaghezza.

In particolare, con riferimento alle clausole consistenti in “frammenti di disposizioni”<sup>43</sup>, può osservarsi come anche gli *elementi normativi della fattispecie* consistano in un *rinvio extratestuale*. Specialmente quando questo rinvio non riguardi norme giuridiche, trattandosi invece di *elementi normativi extra- o meta-giuridici*, e perciò aperti a un'integrazione dinamica, ecco che allora si evidenzia una coincidenza tra elementi normativi e clausole generali (es., comune sentimento del pudore, morale familiare, pubblico scandalo, colpa per negligenza, imprudenza o imperizia...)<sup>44</sup>. Peraltro, anche quando il rinvio avvenga in direzione di norme giuridiche (*elementi normativi giuridici*), non è escluso che il sintagma in questione conservi comunque i caratteri di vaghezza propri delle clausole generali (es., colpa per inosservanza di leggi, regolamenti o discipline), se non altro in funzione della possibile mutevolezza contenutistica di tale *rinvio (non recettizio)*.

Nello schema a due tipologie che esporrò fra un momento (clausole generali *come elementi di fattispecie* oppure *come disposizioni di estensione della rilevanza penale*)<sup>45</sup>, questo carattere di rinvio normativo risulta auto-evidente con riferimento alla prima

---

culturale» e clausole generali «di rinvio al sapere tecnico e scientifico», v. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 154-157, 337 s.

<sup>42</sup> “Clausole generali di incriminazione suppletiva”, secondo la denominazione proposta in dottrina: RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., *passim*.

<sup>43</sup> *Infra*, § 5.

<sup>44</sup> Va dato atto, però, che spesso i due fenomeni vengono tenuti distinti, sulla base di una più rigorosa classificazione: le clausole generali si riconetterebbero alla dimensione della discrezionalità dell'interprete, mentre gli elementi normativi all'interpretazione della fattispecie: in questo senso, anche per riferimenti ulteriori, RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., 82 ss. Come detto nel testo, non possono però escludersi ipotesi di coincidenza, specialmente perché non vi è accordo né sulle rispettive definizioni delle due categorie, né sull'identificazione delle figure rientranti nell'una o nell'altra.

<sup>45</sup> *Infra*, § 5.

classe di clausole generali; ma non è completamente estraneo neppure alla seconda classe, riferibile alle disposizioni su talune peculiari forme di manifestazione del reato (concorso di persone, tentativo e reato omissivo improprio), almeno nel senso che le stesse, nel produrre un fenomeno di estensione delle incriminazioni, implicano, per via della loro natura ampiamente “ellittica”, un implicito rimando a un substrato dogmatico (anche, oramai, di tipo precomprensivo) senza del quale quelle categorie perderebbero sostanza normativa.

Per tutte queste ragioni, allora, e in considerazione della segnalata incertezza semantica della categoria, pare consigliabile continuare ad utilizzare il termine “clausole generali” nell’accennato senso più ampio, in funzione del tipo di effetti alle stesse almeno potenzialmente riconducibile, che, come visto, è pur sempre apprezzabile sul piano della determinatezza.

### 3. Promesse non mantenute.

Dunque, nel diritto penale, le clausole generali, quale che sia la loro definizione più precisa, condividono con i fenomeni analoghi o con le categorie limitrofe il terreno sul quale manifestano la loro carica problematica: il piano del *nullum crimen sine lege*, con riguardo, in particolare, alla sufficiente determinatezza.

Sul piano della distinzione o “dialettica” dei poteri, le clausole generali possono rappresentare una messa in discussione del vincolo del giudice alla legge, tutte le volte in cui mediante le stesse (in maniera “intenzionale” ovvero, laddove euristicamente necessitate per l’indisponibilità o inopportunità di una soluzione maggiormente tassativa, in maniera quantomeno “consapevole”) si aprano spazi per l’esercizio di un *ruolo creativo* da parte dell’interprete, chiamato a svolgere un’operazione, più o meno vasta e profonda, di *adeguamento dinamico in funzione di concretizzazione*<sup>46</sup>.

Inoltre, come accennato in apertura, osservando il fenomeno nella prospettiva della dialettica autorità/individuo, quindi sul versante dei cittadini-destinatari delle norme, le clausole generali rappresentano un potenziale pericolo per la certezza del diritto. Ne deriva una loro possibile influenza “ad ampio spettro” su diversi piani: sul piano della potenziale attenuazione delle esigenze garantistiche fondate sul principio di colpevolezza, sul principio di uguaglianza e sul diritto di difesa; nonché sul piano delle funzioni preventive assegnate alla pena, in relazione alle difficoltà “comunicative” che elementi di indeterminatezza normativa possono immettere nel circuito della deterrenza o della risocializzazione.

Limitandosi a qualche osservazione circa i rapporti con il *nullum crimen sine lege certa*, è noto come la determinatezza sia talora indicata come “promessa non mantenuta”<sup>47</sup>, oltre che come un principio “relativo” (*sufficiente determinatezza*): una volta subentrata la consapevolezza epistemologica di una connaturata

<sup>46</sup> Sulla dialettica tra creatività e vincolo alla legge, nel contesto di uno studio in larga parte smitizzante circa la tenuta dei principi costituzionali in materia penale si rinvia, anche per i necessari riferimenti, a DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale*, cit., 8 ss., 287 ss. e *passim*.

<sup>47</sup> Riprendendo il titolo del bel saggio di MOCCIA, già richiamato.

indeterminatezza delle espressioni linguistiche<sup>48</sup>, quindi anche di tutte le tipologie di norme giuridiche (non solo i principi, ma anche le regole), la precisione/determinatezza/tassatività diventa, in un certo senso, un “principio-scopo”, apprezzabile come *telos* da perseguire piuttosto che come realtà effettiva od operativa. Un principio descritto, amaramente e realisticamente, come «soltanto una nobile aspirazione»<sup>49</sup>, oppure come «sempre più confinato tra i “miti” irraggiungibili»<sup>50</sup>. Insomma, una sorta di “chimera garantistica”. Ma anche, in fondo, un vero paradosso; e, in una certa misura, persino un ossimoro, giacché, in definitiva, proprio *la tassatività non è poi da intendersi in maniera troppo tassativa*. Del resto, non è neppure “tassativamente” prevista, assieme alle altre articolazioni del macro-principio di legalità, dall’art. 25, comma 2, Cost.<sup>51</sup>: da qui una più o meno faticosa ricostruzione del principio in questione, mediante una *interpretazione sistematica*.

In verità, la “dimenticanza” dei Padri costituenti obbliga, come noto, a una sorta di peregrinazione interpretativa (il cui esito merita certamente di essere condiviso, considerata anche la posta in gioco). Un percorso che, secondo le variabili dipendenti dalle diverse impostazioni, tocca tutti o alcuni tra i seguenti passaggi: l’argomento analogico fondato sull’esigenza di tassatività prevista per le restrizioni alla libertà personale dall’art. 13; il collegamento funzionale con il principio di uguaglianza-non discriminazione (art. 3); il rilievo “mediato” attraverso il diritto di difesa (art. 24), che, al di là delle forme, richiede, nella sostanza, un addebito definito in termini di sufficiente determinatezza, irraggiungibile in presenza di norme vaghe; il principio di obbligatorietà dell’azione penale (art. 112), esigibile e controllabile solo al cospetto di norme incriminatrici che non rendano imperscrutabili i processi di sussunzione fatto/norma; nonché, per il tramite dell’argomento della *conoscibilità dei precetti penali*, il principio di colpevolezza (art. 27, comma 1); ma anche le funzioni della pena: in presenza di precetti indeterminati, nessuna possibile rieducazione (art. 27, comma 3); nessuna ipotizzabile deterrenza nel senso della prevenzione generale negativa; nessuna più o meno auspicabile funzione pedagogica nel senso della prevenzione generale positiva in assenza di una sufficientemente comprensibile “comunicazione” assiologia (sui beni o valori tutelati dall’ordinamento).

D’altronde, le funzioni della pena, coinvolgono proprio gli aspetti *comunicativo-relazionali* del diritto penale, la cui possibile soddisfazione è affidata ad un’accettabile tasso di certezza del diritto e, quindi, sul piano formale, alle sorti del *nullum crimen sine lege* e specialmente, con riferimento al problema delle clausole generali, alla realizzazione di un sufficiente grado di determinatezza, tassatività, precisione.

---

<sup>48</sup> Si pensi, anche al di fuori della logica o della filosofia, alle lamentazioni circa la “peste del linguaggio” espresse in letteratura da CALVINO, *Esattezza*, in ID., *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, Milano 1993, 63 ss.

<sup>49</sup> S. MOCCIA *La promessa non mantenuta*, cit., 12.

<sup>50</sup> F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l’art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni ’70*, in *Quest. crim.*, 1980, 182; poi in F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, I/2, Milano, 1997, 1279. Per una critica recente alla tassatività come garanzia di certezza, DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale*, cit., 8-18.

<sup>51</sup> Si invece - paradosso nel paradosso - dall’art. 1 del codice penale del 1930!

Un effetto ulteriore dell'indebolimento del coefficiente di determinatezza consiste nella vanificazione della frammentarietà e della sussidiarietà: principi "argomentativi o di indirizzo politico" ovvero meri "caratteri" del diritto penale<sup>52</sup>, ma pur sempre connessi ad esigenze di garanzia e di delimitazione dell'area dell'illecito e della responsabilità penali.

In definitiva, il principio di legalità, nelle sue articolazioni di contenuto e, in particolare, la riserva e la determinatezza, dovrebbe intendersi come una *prerogativa non disponibile* da parte del legislatore penale (trattandosi di qualcosa di analogo a un diritto-dovere). Detto questo, non si può nascondere però che chi ancora "predica" (nelle aule universitarie o in quelle di giustizia) l'importanza garantistica del principio di legalità, oggi più di ieri, lo fa forse con un atteggiamento di "depressione lavoro-correlata" (come dire: una sorta di malattia professionale), se pensa alla declinazione effettiva di tale principio nella realtà del procedimento legislativo (un fenomeno antico: sciatteria legislativa, eccessiva "contrattazione" e carattere "compromissorio" delle leggi, emendamenti dell'ultim'ora che stravolgono la tenuta logica del provvedimento...); nonché all'impoverimento dell'istituzione parlamentare, specialmente negli ultimi tempi (ingombra, come non mai, di leggi *ad personam* relative alla materia penale o processuale penale; svilta da una "ordinaria" decretazione d'urgenza e dal ricorso fin troppo frequente alla "questione di fiducia"; e, infine, sottoposta a "pressioni esterne", sull'onda della crisi economico-finanziario, anche per quanto riguarda la espressione di una maggioranza di governo). Cosa resta della "maestà della legge", delle esigenze di garanzia collegate al *nullum crimen*? un ossequio formale al *diritto penale dei manuali*? un'idea ostinata? Si potrebbe rispondere, invero senza troppa convinzione, che la *lotta per il diritto* ha senso proprio nelle epoche buie e in quelle "grigie" (come, probabilmente, la nostra).

D'altro canto, non bisogna dimenticare la natura ambivalente della legalità: che è, sì, strumento di garanzia dell'individuo; ma che può essere altresì strumento autoritario<sup>53</sup>. Del resto, il codice Rocco conservava la legalità formale, senza tuttavia rinunciare a un diritto penale autoritario.

#### 4. Fenomenologie del passato: macro-clausole... totalitarie.

Il problema della determinatezza, in relazione alle clausole generali, dipende dal fatto che, nella formulazione legislativa, la più o meno intenzionale rinuncia a una tecnica casistica, ovvero l'impossibilità di un suo impiego, comporta una "vaghezza" e una "generalizzazione" più o meno tollerabili nell'ambito del diritto penale, a seconda che siano risolvibili mediante un procedimento ermeneutico ancora controllabile.

<sup>52</sup> Cfr. DONINI, *Teoria del reato. Una Introduzione*, Padova 1996, 27-33, ed ivi la definizione degli stessi principi costituzionali in materia penale – anche quelli "dimostrativi" (come legalità e colpevolezza) e non soltanto quelli "di indirizzo politico" – come «clausole generali con discreto grado di indeterminatezza».

<sup>53</sup> Cfr. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 109 ss.

Inoltre, come insegnano le esperienze del passato, la indeterminatezza procurata dalle clausole generali potrebbe assumere dimensioni anche estreme ed aberranti, mediante macro-clausole *totalizzanti*, espressione di regimi *totalitari*<sup>54</sup>.

Si pensi, “da sinistra”, alla clausola – per fortuna, storicamente “effimera” – contenuta nella *Verordnung über die Einsetzung von Revolutionstribunalen N. 10*, emanata nella Bayerische Räterepublik nel 1919:

«Jeder Verstoss gegen revolutionäre Grundsätze wird bestraft.  
Die Art der Strafe steht im freien Ermessen des Richters»<sup>55</sup>.

E, “da destra”, alla sospensione del principio di legalità formale (talora indicato come uno dei segni del passaggio al regime totalitario) realizzata nell’ordinamento nazionalsocialista mediante il § 2 *StGB* (dopo le modifiche del 1935):

«È punito chiunque commette un fatto che la legge dichiara punibile oppure che merita di essere punito secondo l’idea fondamentale (*Grundgedanke*) di una legge penale e secondo il sano sentimento popolare (*gesundes Volksempfinden*).

Se per il fatto non trova applicazione diretta alcuna specifica legge penale, lo stesso è punito secondo la legge la cui idea fondamentale vi corrisponda meglio».

Come noto, solo alla caduta del nazionalsocialismo sarà restaurato, nel sistema penale tedesco (§ 1 e § 2 *StGB*), il principio *keine Strafe ohne Gesetz*<sup>56</sup>.

## 5. Fenomenologie contemporanee.

Non senza una dose di arbitrio definitorio, con funzione stipulativa e con validità convenzionale, dal punto di vista delle tecniche di formulazione delle fattispecie o comunque delle disposizioni normative penali, la clausola generale, nel senso ampio del termine più sopra evocato, può essere intesa in due accezioni principali:

1) come **frammento di una disposizione**, quindi come elemento di una *fattispecie incriminatrice* (morale comune, osceno, colpa), di una *esimente in senso lato* (offesa ingiusta, giusta causa) o di una *circostanza del reato* (rilevante gravità, speciale tenuità); ovvero, ancora, quale elemento rilevante in sede di *commisurazione della pena* (capacità a delinquere); oppure, infine, quale *presupposto di applicazione delle conseguenze sanzionatorie* (capacità di intendere e di volere, in relazione alle pene; pericolosità sociale, con riferimento alle misure di sicurezza);

<sup>54</sup> Sulla «naturale tendenza dello Stato totalitario ad abbandonare la determinatezza delle leggi», si veda PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 109 ss., anche mettendo in luce, però, come non manchino esempi di Stati autoritari che hanno fatta propria l’idea della legalità (trattandosi, in questi casi, di una determinatezza che si fa «espressione del principio autoritario»).

<sup>55</sup> «Ogni violazione contro i principi rivoluzionari è punita. La specie della pena resta nella libera discrezionalità del giudice». Cfr. ZStW, 1919, 511.

<sup>56</sup> Su queste e altre ipotesi individuabili nella storia tedesca del Novecento, tra i due conflitti mondiali e fino agli anni Sessanta, cfr. NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, cit., 8 ss.



2) oppure, come **clausola generale di incriminazione suppletiva**<sup>57</sup>: ossia come disposizione che, mediante richiamo implicito a fattispecie incriminatrici, consente una *estensione della punibilità ad ipotesi altrimenti atipiche*: il riferimento va alle così dette forme di manifestazione del reato “estensive” della fattispecie, quindi a disposizioni che, questa volta nella loro interezza, contengono una (macro-)clausola generale destinata a combinarsi con singole disposizioni incriminatrici: *reato omissivo improprio* (art. 40, comma 2, c.p.); *concorso di persone nel reato* (art. 110 c.p.); *cooperazione colposa* (art. 113 c.p.); *tentativo* (art. 56 c.p.).

Nel secondo caso, si tratta di figure di parte generale che funzionano come autentici “moltiplicatori” di fattispecie penali: ossia di incriminazioni supplementari, ottenute per “gemmazione” da una fattispecie incriminatrice “base” contenuta nella parte speciale o nella legislazione complementare. Qui la clausola generale non è più confinata a un frammento o elemento della fattispecie incriminatrice o, più in generale, della disposizione penale, ma “occupa” per intero il contenuto della disposizione che la reca.

L’ampiezza dell’estensione della punibilità e il grado di indeterminatezza delle fattispecie “riproducibili” mediante tali moltiplicatori si accrescono in modo esponenziale nelle ipotesi (più o meno controverse) di *applicazione cumulativa (e reciproca) di due clausole* di incriminazione, dando vita a una sorta di terzo livello di criminalizzazione, ancora più lontano dalla selezione operata dal legislatore sul piano della singola fattispecie-base (tentativo di delitto omissivo improprio, tentativo di concorso, concorso in delitto tentato, concorso mediante omissione in reato commissivo, concorso in reato omissivo improprio)<sup>58</sup>.

Anche con riferimento alle clausole generali di estensione dell’incriminazione, la categoria in esame si caratterizza come una regola di giudizio elastica ed ellittica, quindi specialmente per il “non detto”. Vediamo in che maniera, con riferimento – schematico – alle variabili formule delle singole ipotesi di clausole estensive.

i) Tentativo: *atti idonei diretti in modo non equivoco alla realizzazione di un delitto*.

Si riconoscono taluni elementi di selettività, stabiliti dal legislatore: deve trattarsi di delitti (con esclusione delle contravvenzioni) dolosi (con esclusione della colpa) e di pericolo concreto (si discute però se a base parziale o totale).

L’ellissi – il “non detto” – riguarda i requisiti dell’idoneità e dell’univocità; ma anche la compatibilità strutturale del tentativo con le diverse tipologie di reato (es., reati di pericolo, reati omissivi, etc.) e con le diverse tipologie di dolo (es., dolo eventuale).

ii) Omissione impropria: *non impedire un evento che si ha l’obbligo giuridico di impedire “equivale” a cagionarlo*.

---

<sup>57</sup> Per riprendere, ancora una volta, la denominazione proposta nella monografia di RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit.

<sup>58</sup> *Ibidem*, 151 ss.

Un limite selettivo, benché non incontrovertito, può individuarsi nella possibilità di azionare la clausola estensiva in relazione ai soli reati di evento naturalistico. Almeno nelle realizzazioni monosoggettive: chiaro che gli eventuali limiti selettivi individuati dal legislatore (o radicati nell'interpretazione corrente) sono destinati a "saltare" nelle ipotesi di applicazione congiunta delle clausole dell'art. 40, comma 2, c.p. e dell'art. 110 c.p. (concorso mediante omissione).

Sul "non detto" dalla clausola "di equivalenza" si addensa una serie di interrogativi dogmatici ormai affatto tradizionali, riguardanti da un lato i criteri di individuazione degli obblighi "giuridici" di impedimento; dall'altro, la sfera di operatività della clausola di equivalenza: solo reati di evento causalmente orientati o altresì reati di mera condotta e reati di evento a forma vincolata? con riferimento a tutti i beni giuridici, compresi quelli patrimoniali, o solo a quelli "primari", come la vita e l'incolumità individuale e collettiva? (L'ampiezza della formulazione non sembrerebbe consentire una selettività teleologica, che una parte della dottrina ricava per lo più sulla base di argomenti di plausibilità politico-criminale)<sup>59</sup>.

Inoltre, il conflitto con il *nullum crimen* si estende qui anche alla riserva di legge, ove si ammetta, come consueto, che l'obbligo *giuridico* possa avere *fonte extralegale e non scritta* (un problema "formale" certo non risolto dal successo teorico conosciuto dalla teoria – "sostanziale" – delle posizioni di garanzia: in questo senso, meritorio, sebbene di enorme difficoltà, lo sforzo di tipizzazione intrapreso dai compilatori del "Progetto Grosso" di riforma del codice penale del 2001).

iii) Concorso di persone: modello di tipizzazione unitaria (o di non tipizzazione) su base causale: *quando più persone concorrono nel reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni seguenti*<sup>60</sup>.

Il riferimento riguarda le disposizioni successive all'art. 110 c.p., aventi per lo più rilievo circostanziale.

Qui si rinuncia quasi totalmente a selezionare i tipi di contributi penalmente rilevanti. Il *trionfo del non detto*, della formulazione ellittica, della tautologia normativa: con l'esclusione di un implicito riferimento al nesso causale (ma si tratta di *causalità effettiva?* di *potenziale idoneità?* di *aumento del rischio?*), il riferimento è a *qualsiasi condotta, materiale o anche morale*, mediante il problematico utilizzo, in quest'ultima costellazione di casi, della categoria della *causalità psichica*<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Per tutti, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*. PG, 6<sup>a</sup> ed., Bologna 2009, p. 594-8.

<sup>60</sup> Problemi ancora maggiori riguardano la cooperazione colposa (art. 113 c.p.), in cui confluiscono quelli riferibili alla partecipazione criminosa e quelli riconducibili alla colpa: per tutti, ed esprimendosi in termini di clausola generale, CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., 544 ss.

<sup>61</sup> Per una riconsiderazione recente, CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in CANESTRARI, FORNASARI, cur., *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna 2001, 187 ss.; RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in IP, 2004, 815 ss.; RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino 2007, passim; CINGARI, *Causalità psichica e massime di esperienza: un modello differenziato di causalità?*, in DPP, 2009, 767 ss.; CASTRONUOVO, *Fatti psichici e concorso di persone. Il problema dell'interazione psichica*, in Ius 17, 2010, 165 ss.

Insomma, un rinvio alla mutevole “sensibilità dell’interprete” cui è demandato di adeguare il dato astratto e generalissimo alla cangiante concretezza dei fatti storici.

In relazione alla clausola generale del concorso di persone, all’affievolimento dei principi già menzionati (determinatezza-tassatività, ma anche sussidiarietà, proporzione, frammentarietà...), si accompagna lo svilimento del canone della personalità della responsabilità penale, nella sua accezione “minima”: la formulazione dell’art. 110 consente (non impedisce) uno sconfinamento nei territori sinistri della responsabilità per fatto altrui.

## 6. Il custode del “nullum crimen” (ovvero: a patti con la realtà).

Sembra, dunque, che, al di là delle evidenti differenze “sistematiche”, i problemi posti dalle *clausole generali consistenti in frammenti di norme* non siano poi troppo diversi da quelli connessi alle (macro) *clausole generali estensive di incriminazioni*, per lo meno in relazione ai potenziali effetti di indeterminatezza ricollegabili ad entrambi i gruppi di norme contrassegnate da “vaghezza”.

Un tipo di problemi che, in diritto penale, interpella il Giudice delle leggi.

Come noto, la Corte costituzionale offre sul punto una giurisprudenza più o meno costante e comunque consolidata, che ricusa un atteggiamento “atomistico” e orientato ai singoli elementi di una fattispecie separatamente considerati: «la verifica del rispetto del principio di determinatezza della norma penale va condotta non già valutando isolatamente il singolo elemento *descrittivo* [...] dell’illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce»<sup>62</sup>.

Pertanto, la «inclusione nella formula descrittiva dell’illecito penale di espressioni sommarie, di vocabili polisensibili, ovvero [...] di clausole generali o concetti “elastici” non comporta un *vulnus* del parametro costituzionale evocato», allorché il *recupero di tassatività* sia reso possibile, per il giudice e per il destinatario della norma, dalla «descrizione complessiva del fatto incriminato», avuto riguardo alle «finalità perseguite dall’incriminazione» (*argomento finalistico, o della “ratio legis”*) e al «più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca» (*argomento sistematico*)<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Così, per es., Corte cost., n. 327 del 2008, sull’infondatezza della questione di illegittimità dell’art. 434 c.p. (“altro disastro”). Cfr. inoltre Corte cost., n. 247 del 1989 (sull’art. 4, n. 7, l. n. 516/1982: alterazione “in misura rilevante” del risultato della dichiarazione fiscale): «Quel che non può esser, in ogni caso, metodologicamente consentito è “isolare” la “misura rilevante” dagli altri elementi della fattispecie nella quale tale “misura” è inserita, per confrontare quest’ultima, e solo quest’ultima, con il precetto di determinatezza [...]».

<sup>63</sup> I passi riportati sono tratti da Corte cost., n. 5 del 2004, infondatezza della questione di illegittimità dell’art. 14, comma 5-ter, del t.u. dell’immigrazione (reato di trattenimento sul territorio dello Stato “senza giustificato motivo”). Tale pronuncia è poi ripresa da molte di quelle successive: da ultimo, per es., Corte cost., n. 21 del 2009, infondatezza della questione riguardante l’art. 12, comma 1, t.u. dell’immigrazione (favoreggiamento c.d. semplice all’emigrazione clandestina). Il recupero di determinatezza (mediante l’argomento sistematico o finalistico) è ritenuto implicitamente “non sufficiente” nei casi di dichiarazione

C'è un altro argomento che si affaccia in alcune sentenze (ma che sottotraccia è presente nella considerazione più generale): l'argomento del "*diritto vivente*", al completo del formante giurisprudenziale, spendibile là dove si possa ritenere che «la giurisprudenza [...] ha conferito all'espressione contestata un significato univoco»<sup>64</sup>. In questo senso, si afferma che «i dubbi di costituzionalità sollevati sotto il profilo della violazione del principio di legalità *non hanno più ragione di essere*, ove si tenga conto del risalente e oramai consolidato indirizzo della giurisprudenza costituzionale, seguito dalla giurisprudenza comune, per il quale gli estremi necessari per qualificare [...] la condotta incriminata risultano determinati con sufficiente precisione»<sup>65</sup>.

Non è un argomento da rifiutare: là dove si ammette che eventuali dubbi preesistenti «non hanno più ragione di essere» alla luce dell'interpretazione oramai consolidata, sembrerebbe farsi un implicito riferimento alla diffusa distinzione tra "disposizione" (che, nella sua formulazione, può risultare indeterminata) e "norma" (come prodotto dell'interpretazione, che può anche contribuire a superare le iniziali incertezze)<sup>66</sup>. Ma non è nemmeno un argomento (sempre) conclusivo. Anzi, è un argomento non utilizzabile per definizione per alcune clausole generali, come quelle forse più classiche, che – sulla falsariga del concetto di "osceno" – consentono un adeguamento dinamico al metagiuridico in funzione di valvole od organi respiratori del sistema.

In ogni caso, il fatto che una clausola generale assuma oggi una significazione accettabilmente consolidata, non mette al riparo da possibili cambiamenti di rotta nell'interpretazione giurisprudenziale (almeno nei sistemi penali di *civil law*, dove non c'è un vincolo del precedente).

In ogni caso, il ricorso a clausole generali indeterminate o, comunque, a formulazioni connotate da eccessiva vaghezza contribuisce, assieme ad altre cause, a rendere il diritto penale «sempre più incerto»<sup>67</sup>.

Al netto di ipotesi di sostanziale inevitabilità – per ragioni di tecnica normativa – del ricorso a formulazioni elastiche o aperte<sup>68</sup>, questo diritto penale sempre più incerto non è, però, sempre tollerabile<sup>69</sup>.

---

di illegittimità costituzionale: v. Corte cost., n. 34 del 1995 sull'art. 7-bis l. n. 39/1990 (straniero, destinatario del provvedimento di espulsione, che "non si adopera" per ottenere il rilascio del documento di viaggio).

<sup>64</sup> Cfr. Corte cost., n. 31 del 1995, infondatezza della questione di illegittimità dell'art. 174, comma 1, n. 3, c.p.m.p. (rivolta mediante "eccessi").

<sup>65</sup> Così, in relazione ai reati militari di "sedizione" (artt. 182 e 183 c.p.m.p.), Corte cost., n. 519 del 2000 (corsivo mio).

<sup>66</sup> Anche per ulteriori riferimenti, DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, cit., 87 ss. Per una riflessione critica aggiornata sulla distinzione, nell'ambito della teoria dell'interpretazione costituzionale, cfr. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, Torino 2011, 91 ss.

<sup>67</sup> Su questa tendenza («Das Strafrecht wird immer unklarer») e sul contributo non esclusivo dato ad essa dalle clausole generali, cfr. NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, cit., 3, 12 s., 26 s. Sul ruolo dell'applicazione del diritto in presenza di un diritto penale sempre più incerto, e sulle implicazioni apprezzabili anche in termini di ripartizione (tra autore e vittima) del rischio dell'interpretazione, affidata al momento applicativo («Verteilung des Interpretationsrisikos durch die Rechtsanwendung»), *ibidem*, 16 ss., 21 ss., 26 s.

<sup>68</sup> Più esattamente, l'inevitabilità deve intendersi in un duplice senso: come impossibilità di evitare l'utilizzo di una clausola generale o di una formula vaga per "descrivere" quella data fattispecie; e come

Non è tollerabile, anzitutto, per motivi di inadeguatezza “interna”: come visto, gli strappi al *nullum crimen*. Le esigenze di tale vincolo formale hanno qualche speranza di essere salvaguardate soltanto in presenza di clausole che consentano operazioni ermeneutiche di “chiusura” della fattispecie (di passaggio dalla disposizione alla norma) secondo modalità ancora controllabili.

Non è tollerabile, inoltre, per motivi di inadeguatezza “esterna” o sovranazionale: il diritto penale dei crimini internazionali e il diritto penale europeo, come sistemi “in costruzione” (quali utopie novecentesche almeno in parte realizzate), sembrerebbero imporre in varie ipotesi, sebbene non una legislazione casistica, certamente una *logica definitoria* (alla quale, peraltro, la dogmatica penalistica è stata tradizionalmente abbastanza ostile); non necessariamente, quindi, una legislazione per clausole generali. In tali sistemi sovranazionali, sorge la necessità – per ragioni banali di comunicazione tra lingue e tradizioni giuridiche diverse – di definire continuamente i concetti (si pensi agli *elements of crimes* del Trattato di Roma sulla Corte penale internazionale; alle “norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni” previste dall’art. 83 del TFUE; ai cataloghi di norme definitorie che oggi troviamo in tante direttive UE e, quindi, in tante leggi penali interne).

Come ovvio, non potremo mai dire conclusa *l’avventura delle clausole generali*, né esaurito il loro *tempo*<sup>70</sup>. Semmai, pure nell’attuale contesto di crescente complessità e “internazionalizzazione” del diritto penale nazionale, si dovrà per un verso ridurre il ricorso alle formulazioni eccessivamente aperte e vaghe; per altro verso sventare il pericolo di una legislazione ipertrofica, o eccessivamente casistica, capace, sebbene per ragioni opposte a quelle collegate alle clausole generali, di interrompere quel *flusso comunicativo tra autorità e cittadino* che è fondamento teorico – insieme indimostrato, ma concettualmente e ideologicamente irrinunciabile – della pena e del diritto penale nel suo complesso.

---

necessità, sulla base di una valutazione di sussidiarietà/*ultima ratio* e di offensività, di procedere alla “criminalizzazione” di quella stessa fattispecie da parte del legislatore.

<sup>69</sup> Al di là della sua eventuale e contingente “efficacia”. Si rinvia, sul tema, all’affresco di SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Crit. dir.*, 2001, 206 ss.

<sup>70</sup> Per riprendere i titoli di noti contributi di due illustri civilisti: CASTRONOVO, *L’avventura delle clausole generali*, cit.; RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit.